مفهوم تفويض المرفق العام

ارتبط تفويض المرفق في القانون الإداري باختصاصات السلطة الإدارية لزمن طويل، إلا أنه انتقل حديثا إلى مجال إدارة المرافق العامة، فظهرت طائفة من العقود يعهد بموجبها لشخص مستقل عن الشخص العام مسؤولية استغلال المرافق وإدارتها. وقد عرف نظام التفويض من القدم في الإدارة الرومانية ثم في الفكر الإسلامي، ثم ظهر في الأخير في القانون في القانون الإداري الفرنسي وأخذ به القانون الإداري الجزائري، مما يبين أن التفويض تطور تاريخيا في القانون الإداري إلى ما هو عليه اليوم. ولقد عالج المشرع الجزائري عقود تفويض المرفق العام ضمن أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والمرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، والتعليمة الصادرة عن وزارة الداخلية 006 مؤرخة في 09 جوان 2019 المتضمنة تجسيد أحكام المرسوم التنفيذي رقم 18-199.

أولا: تعريف تفويض المرفق:

تفويض المرفق العام اصطلاح حديث النشأة له جذور تاريخيا طورها المشرع الفرنسي مما أدى إلى ظهور أنواع من تفويض المرافق العامة. ويقصد بتفويض المرفق العام على أنه تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية لمدة محددة إلى المفوض له شخص معنوي عام أو خاص، خاضع للقانون الجزائري، بهدف تحقيق المصلحة العامة أو الصالح العام[1]، أما الطبيعة القانونية لتفويضات المرفق العام هي أنها عقود إدارية.

ويمكن تعريف تفويض المرفق العام بأنه نظام بموجبه يتم إدارة المرفق عام وتشغيله من قبل شخص آخر غير الشخص التابع له المرفق.

ثانيا: خصائص تفويض المرفق العام

من خلال هذا التعريف يمكن استنتاج عدة عناصر لتفويض المرفق العام وهي:

1- **ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة**، والتي قررت السلطات العامة والقانون وجودها وضرورة ضمانها كمرفق عام.

2- **تفويض المرفق العام هو عقد وكالة**، توكل من خلال الإدارة شخصا آخر يتولى استغلال المرفق العام، فالإدارة العمومية تنشأ المرفق العام وتنظمه وهي التي توكله وتفوضه لشخص آخر، مع إبقائها على دورها الأساسي وهي الرقابة لضمان حسن سير المرفق العام من حيث الجودة، جودة الخدمات، ومن حيث الأسعار...

3- **العلاقة بين المفوض والمفوض له هي علاقة عقدية**، فهذا العقد يحدد كافة الشروط سواء التنفيذ أو الرقابة أو نوعية الخدمات...فهي اتفاق إرادتين، إرادة السلطة العامة وإرادة المتعامل معها، كما يحتوي هذا العقد على شروط غير مألوفة في القانون الخاص، مما يجعلنا نؤكد أنه عقد إداري بامتياز.

4- **يجب أن ينصب التفويض على استغلال المرفق دون ملكيته**، إذ يعتبر الاستغلال عنصرا أساسيا لاتفاقية التفويض، ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له سلطاته في تسيير المرفق، فهو بهذه الصفة يملك السلطات التالية:

- **يملك نوعا من الاستقلالية**، بالرغم من احتفاظ الإدارة المفوضة بسلطة الرقابة.

[1] - المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام.

- **وجود علاقة مباشرة بين المرتفقين والمفوض له**، فالمفوض علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين.
- **يضمن المستغل أو المفوض له السير العادي للمرفق العام ويتحمل كل المخاطر والأرباح**
- **يجب عليه أن يوفر كل الوسائل والمنشآت الضرورية لتسيير المرفق العام والقيام بكل الأعمال الضرورية لذلك.**

ثالثا: تمييز عقد تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية والتفويض الإداري

1/ تمييز عقد تفويض المرفق العام عن الصفقة العمومية

إن هذه التفرقة ضرورية ل لاسيما أن المشرع الجزائري جمع النظامين في تقنين واحد هو قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 ، وإن كان كل من الصفقة العمومية وتفويض المرافق العامة هي عقود إدارية بين هيئة تسمى المصلحة المتعاقدة وشخص آخر هدفه تحقيق الربح مع ضمان تنفيذ خدمات عامة، فإنهما يختلفان في:

1- كيفية دفع المقابل المالي : يتم في الصفقة العمومية عن طريق السعر تحدده الإدارة في دفتر الشروط بعد تقديم العروض من طرف المشاركين ، ويكون هذا السعر محددا في العقد وتدفعه الإدارة ، وليس له علاقة باستغلال المرفق. أما تفويض المرفق العام، فإن المقابل المالي له علاقة بنتيجة الاستغلال، وله علقة مباشرة بتسيير واستغلال المرفق.

2- الاستغلال: يعتبر العنصر الفاصل بين الصفقة العمومية وتفويض المرفق العام. فالصفقة العمومية تهدف إلى تزويد الإدارة بوسائل المرفق العام دون أن يتدخل شريك الإدارة في استغلال المرق العام وتسييره، ورغم أن صفقات الأشغال العامة يكون موضوعها بناء واستغلال المرفق العام، إلا أن الاستغلال هنا هو ليس المهمة الرئيسية للصفقة العمومية، بل هو كمهمة ثانوية .فاستغلال المرفق بطريقة مباشرة من طرف المفوض له واستعمال الوسائل التي توفرها له الإدارة المفوضة والعلاقة المباشرة مع المرتفقين هي التي تميز المرفق العام.

2/ تمييز عقد تفويض المرفق العام عن التفويض الإداري

- لابد من التمييز بين النظامين نظرا للتشابه الكبير بينهما حيث أن كلاهما متعلق بتسيير المرفق العام، طرفي كلاهما يتمثل في المفوض والمفوض له وكلاهما يتم فيه التنازل عن تسيير جزء من المرفق من المفوض إلى المفوض له. ورغم هذا التشابه إلا أنهما يختلفان في أن التفويض الإداري يكون بواسطة قرار إداري بينما تفويض المرفق هو عقد، كذلك تفويض المرفق يكون فقط مع موظف تابع لنفس المرفق، بينما تفويض المرفق يكون مع شخص خارجي قد يكون حتى من الخواص. كذلك من أوجه الاختلاف أنه في التفويض الإداري لا يجوز تفويض على تفويض، في حين في عقد التفويض يجوز ذلك وهو ما يسمى بالمناولة.

رابعا: شروط قيام تفويض المرفق العام

إن تحديد عقد التفويض يستند إلى مرتكزات قانونية ما إن توفرت نكون أمام عقد تفويض مرفق عام.

1/ ضرورة وجود مرفق عام

يجب أن يكون النشاط الذي يتم تفويضه مرفقا عاما. ومن المعلوم أن الأنشطة التي تتولاها الإدارة أو يمكن أن تعهد للغير لتحقيقها ليست كلها مرافق عامة، لذا فإنه يلزم ابتداءً تحديد ما إذا كان النشاط الذي يتم تفويضه يشكل مرفقا عاما، ويجب أن يكون المرفق قابلا للتفويض.

يعد تفويض المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة، وبالتالي يقتضي وجود مرفق عام يشكل موضوع عقد التفويض. وفي حال لم يشكل النشاط موضوع العقد مرفقا عاما فلا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام.

ضرورة وجود مرفق عام يهدف للمنفعة العامة، والتي قررت السلطات العامة والقانون وجودها وضرورة ضمانها كمرفق عام ويجب إشباعها من طرف الدولة إما كمسيرة مباشرة، أو تفويضها للخواص ولقد أكدت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 على ضرورة وجد مرفق عام لقيام عقد التفويض. والمشرع لا يفصل بين المرافق العامة الإدارية والاقتصادية فكلها يمكن أن تكون محل تفويض، وهذه النظرة المستحدثة لم تكن في عقود الامتياز لأن المشرع أقر قديما أنه لا وجود لامتياز إلا إذا نص قانون على ذلك.

2/ ضرورة وجود علاقة تعاقدية

العلاقة بين السلطات المفوضة والمفوض له هي علاقة تعاقدية، فهذا العقد يحدد كافة الشروط: التنفيذ، المقابل المالي، الرقابة....إلخ. فهي اتفاق بين إرادتين الجماعة العمومية، والمتعامل معها ويحتوي هذا العقد على بعض الأحكام غير المألوفة في القانون الخاص، وهي التي تجعلنا نصنف هذا العقد كعقد إداري، خاصة وأنه مسير لمرفق عام.

أما بالنسبة لطبيعة عقود تفويض المرفق العام، فهي عقود إدارية لتوافرها على الشروط التي يتطلبها هذا النوع من العقود، فأحد أطراف عقود التفويض جهة إدارية والموضوع الذي تنصب عليه عقود التفويض يتضمن تنفيذ مقتضيات المرفق العام، وأخيرا فإن هذه العقود تخول مانح التفويض امتيازات السلطة العامة، وبذلك تكون عقود تفويض المرفق العام مستوفية للشروط المطلوبة لاكتساب الصفة الإدارية.

3/ استغلال المرفق والارتباط بين المقابل المالي ونتائج الاستغلال

وسنستعرض فيما يأتي هذين الشرطين على التوالي:

أ/ استغلال المرفق العام

يشترط لقيام تفويض مرفق عام أن يكون موضوع العقد استغلال مرفق عام بأن يقوم المفوض إليه بتشغيل المرفق العام واستغلاله متحملا المخاطر المترتبة على ذلك. ومن ثم إذا اقتصر دور هذا الأخير على إدارة المرفق من دون تحمل مخاطر تشغيله وإدارته بصورة كلية أو جزئية فسوف لا نكون بصدد عقد تفويض مرفق عام، كما لو قام المفوض له بإدارة المرفق لقاء بدل محدد من دون أن يقع على عاتقه تحمل أية مخاطر وإنما تتحملها الجهة مانحة التفويض كالعقود مع الهيئات الخاصة للقيام بمهام محددة لقاء أجر محدد لتشغيل معامل الطاقة الكهربائية في مرفق الكهرباء، أو إدارة الحاويات في المرافئ، فهذه العقود لا تعد من قبيل عقود تفويض مرفق عام.

وبالتالي يعتبر استغلال المرفق العام كعنصر معرف لاتفاقية تفويض المرفق ويكون هذا الاستغلال باستعمال المفوض له سلطاته الكاملة في تسيير المرفق، فهو بهذه الصفة يملك السلطات التالية:

- يملك نوعا من الاستقلالية بالرغم من احتفاظ الإدارة المفوضة لسلطة تنظيم المرفق.
- وجود علاقة مباشرة بين المرتفقين والمستغل للمرفق.
- للمفوض له علاقة مباشرة مع الموردين والمقاولين.
- يضمن المستغل السير العادي للمرفق ويتحمل كل المخاطر والأرباح (مالية وتقنية).
- توفير الوسائل والمنشآت الضرورية لتسيير المرفق والقيام بكل الأعمال الضرورية لذلك.

يجب أن يكون موضوع عقد التفويض إستغلال مرفق عام، أي إدارة المرفق وتشغيله وفقا للغاية من إنشائه، تحت إشراف ورقابة السلطة مانحة التفويض.

ب/ ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستغلال

وهذا الشرط هو الذي يميز عقود تفويض المرفق العام عن العقود الإدارية الأخرى، ولاسيما عقد الأشغال العامة وعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص المعروفة في القانون الفرنسي. ففي هذه العقود يتخذ المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد شكل "ثمن محدد" ويتم تحديد هذا الثمن في ضوء تكلفة الأعمال المنفذة، وهذا بخلاف عقود تفويض المرفق العام التي يتم تحديد المقابل المالي في ضوء نتائج الاستغلال وليس في صورة تكلفة الأعمال التي يتطلبها المرفق.

يشترط تحديد المقابل المالي بناءً على النتائج الاقتصادية لاستغلال المرفق، أما إذا كان هذا المقابل يتم تحديده في صورة ثمن محدد ينص عليه في العقد أو على الأقل ينص على الأسس الكفيلة بتحديده لاحقا بصورة واضحة، فإن العقد يخضع للقواعد العامة التي تطبق على العقود العمومية.

وقد يأتي المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد من مصدر غير المنتفعين أو الإدارة كحالة استغلال المتعاقد للمرفق مقابل حقه في الحصول على العائدات التي تأتي من الإعلانات المترتبة عن استغلال هذا المرفق.

ولا يعني ارتباط المقابل المالي بنتائج الاستثمار أن مصدر المقابل المالي هو للمستفيدين من خدمات المرفق العام، بل يمكن أن توجد مصادر تمويل أخرى تعكس الارتباط بنتائج الإستغلال، وإن كان جزء من المقابل المالي يدفع من قبل الشخص العام أو كان هذا الأخير يساهم في دعم المرفق.

وأكدت المادة 207 من المرسوم الرئاسي 247/15 على هذه الخاصية بنصها :«ويتم التكفل بأجر المفوض له، بصفة أساسية، من استغلال المرفق العام.» ويتم تحديده من طرف الإدارة المفوضة لأنه يدخل ضمن الأحكام التنظيمية، وقد يكون مصدر المقابل المالي من الإدارة كما هو الشأن في عقود الوكالة المحفزة وعقود التسيير، بحيث يقوم المفوض له بتسيير مرفق عمومي باسم ولحساب السلطة العامة وبالتالي فالإدارة هي التي تقوم بدفع المقابل المالي للمفوض له.

4/ ارتباط عقد تفويض المرفق العام بمدة زمنية

لأن عملية التفويض ليست مؤبدة، وهذه المدة تختلف باختلاف عقد التفويض، حيث نجد عقد الإيجار أقل مدة من عقد الإمتياز.

تشكل المدة في عقد تفويض المرافق العامة إحدى العناصر الأساسية التي توضع ضمن الاهتمامات الأولية لأطراف العقد. فهي تلعب دورا مركبا من خلال التوفيق بين مصالح متعارضة: من جهة مصلحة السلطة المفوضة في حماية ملكية المرفق العام المفوض، ومن جهة أخرى مصلحة المفوض له في ضمان تسيير المرفق لأطول مدة بهدف تحقيق أكبر ربح ممكن.

إذا كان المرسوم الرئاسي 247/15 قد أغفل تماما ذكر عنصر المدة عندما عرف عقد التفويض في المادة 207 منه، فلقد استدرك المنظم الجزائري الوضع من خلال المادة 2 من المرسوم التنفيذي 199/18 بالنص على عنصر المدة وجعلها من بين الأركان الجوهرية التي تقوم عليها عقود التفويض، ولقد أرسى مبدأ تأقيت عقود التفويض من خلال فرض إلزامية تحديد مدتها، والذي يعد بمثابة التزام مطلق يهدف إلى حظر إبرام عقود لمدة غير محددة. وبتفحص باقي مواد المرسوم التنفيذي 199/18 نسجل الملاحظات الآتية:

- تشترط المادة 27 من المرسوم التنفيذي 199/18 أن يتضمن إعلان الطلب على المنافسة وجوبا مجموعة من البيانات التي يجب نشرها بشكل واسع وبكل وسيلة، ومن بين هذه البيانات المدة القصوى للتفويض. فمن خلال هذه المادة نستنتج أنه مبدئيا السلطة المفوضة هي التي تحدد المدة بصفة انفرادية في دفتر ملف الترشح، متمتعة بسلطة تقديرية واسعة في تحديد المدة، على اعتبار أنه لم يرد في هذا المرسوم التنفيذي أي ضابط يقيد حرية الهيئة المفوضة باستثناء الحد الأقصى الوارد في المواد من 54 إلى 56 من المرسوم نفسه.

تحديد المدة يكون مبدئيا من قبل الهيئة المفوضة في دفتر الشروط، لكن هذا التحديد ليس نهائي قابل للتفاوض في المراحل اللاحقة لإبرام اتفاقية التفويض. وهذا التفاوض يكون في حدود الحد الأقصى المفروض من المشرع الجزائري. وعليه فعنصر المدة يبدأ عنصرا لائحيا تنظيميا لينقلب إلى عنصر تعاقدي.